



Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés d'électrification et d'éclairage public

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. Analyse économique du contentieux concurrentiel dans les marchés d'électrification et d'éclairage public. Contrats publics, 2011, n°109; avril, pp.59-64. hal-00615145

HAL Id: hal-00615145

<https://hal.science/hal-00615145>

Submitted on 18 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Frédéric MARTY

CNRS – GREDEG (Université de Nice Sophia-Antipolis)

Les contentieux relatifs au secteur électrique qu'a à traiter l'Autorité de la concurrence sont principalement liés à des abus de position dominante. Ceux-ci ont souvent trait à des pratiques d'éviction anticoncurrentielle mis en œuvre par l'opérateur historique. Ces contentieux doivent être lus sous l'angle de la libéralisation des industries de réseaux et dans une certaine mesure de construction de marchés concurrentiels. D'autres affaires, toujours sur la base de l'article L 420-2 du Code de commerce, peuvent revêtir une dimension plus spécifiquement locale. Il en va, par exemple, ainsi de certaines décisions impliquant des entreprises intervenant dans le domaine de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables bénéficiaires d'obligation d'achat de la part d'EDF ou encore du contentieux afférent aux distributeurs non nationalisés en 1946, tels Electricité de Strasbourg ou encore Electricité et Gaz de Grenoble.

Un second ensemble de contentieux concurrentiels est lié à la répression des ententes anticoncurrentielles (article L 420-1 du Code de commerce). Ceux-ci portent soit sur des marchés d'équipement électrique ou de travaux d'EDF, soit sur des marchés passés par des collectivités locales ou des syndicats d'électrification rurale. Depuis 2000, il est possible de dégager au moins sept décisions de cette nature dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la Concurrence, qui lui a succédé en février 2009². Ces ententes, particulièrement préjudiciables en termes de bien-être collectif, se doivent d'être sanctionnées par l'Autorité de concurrence, garante de l'ordre public économique. Non seulement, l'histoire des faits économiques montre que de telles pratiques collusives

¹ Manuscrit auteur – une version modifiée de ce texte a été publiée dans *Contrats Publics – Actualité de la Commande et des Contrats Publics (CP-ACCP)*, n° 109, pp. 59-64, avril 2011

² Il s'agit respectivement des décisions n° 00-D-20 relative à un marché d'électrification rurale dans le département de la Somme, n° 00-D-34 relative à un marché d'électrification rurale dans le département de l'Eure et Loir, n° 01-D-17 du 25 avril 2001 relative à des pratiques relevées dans les marchés d'électrification dans la région du Havre, n° 00-D-26 du 21 juin 2000, relative à des marchés d'électrification rurale dans les Pyrénées Atlantiques, n° 01-D-31 du 5 juin 2001 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'électrification rurale et d'éclairage public en Vendée, n° 04-D-16 du 3 mai 2004, relatives à des pratiques relevées sur les marchés d'électrification rurale et d'éclairage public dans le département du Morbihan et n° 09-D-34, du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse.

constituent une caractéristique structurelle dans le secteur électrique de l'entre-deux-guerres à la période actuelle mais les enseignements qu'il est possible de tirer de leur étude sont généralisables à l'ensemble des marchés publics des collectivités locales³.

Une analyse, à l'intersection du droit et de l'économie, des ententes anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification et d'éclairage publics et des décisions des autorités de concurrence relatives à ces dernières peut être intéressante à plusieurs titres. Elle permet, tout d'abord, de dégager les critères utilisés par ces dernières pour caractériser de telles pratiques et d'apporter un éclairage économique sur ces décisions. Elle conduit, ensuite, à montrer de quelle façon les marchés concernés constituent un terrain particulièrement favorable au développement de telles ententes. Elle débouche, enfin, sur la présentation de quelques unes des prescriptions de l'analyse économique en matière de conception desdits marchés et de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles.

I – Une lecture économique de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence en matière d'entente dans les marchés d'électrification rurale et d'éclairage public

Nous nous proposons dans le cadre de cette section d'analyser la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence afin d'en dégager quelques traits saillants, tant en matière des stratégies anticoncurrentielles mises en œuvre dans les marchés considérés que des critères retenus par cette dernière pour établir l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Pour ce faire, nous nous appuyons principalement sur la décision n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre sur des marchés d'électricité et d'éclairage public en Corse.

Il s'agit, dans le cas d'espèce, de marchés passés par les syndicats intercommunaux d'électrification et par EDF. Ces derniers recouvrent à la fois des marchés de services mais aussi des marchés pour des prestations de travaux par nature discontinues et imprromptues. Le contexte concurrentiel est marqué par des spécificités corses à savoir la présence de très petites entreprises et un fort cloisonnement géographique des marchés du fait de la configuration topographique de l'île.

Un rapport d'enquête fut réalisé sur vingt marchés conclus entre 2000 et 2004. Ce dernier mit en lumière la participation d'un nombre réduit de soumissionnaires, souvent en

³ Marty F., (2002), *Dynamique et pluralité des conventions de réglementation : analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique*, Thèse de doctorat es sciences économiques, Ecole Normale Supérieure de Cachan, décembre.

groupement, et une forte propension au renouvellement des titulaires des précédents marchés (§ 24). Cependant, la stabilité de la répartition des marchés ne saurait caractériser une entente à elle seule ; il est nécessaire de dégager un certain nombre d'indices additionnels. Il faut apporter des preuves *établissant sans ambiguïté la pratique en cause* ou d'utiliser *un faisceau d'indices graves, précis et concordants constitué par le rapprochement lors de l'instruction de plusieurs documents ou déclarations, qui n'auraient pas un caractère probant pris isolément* (§82). La décision peut se fonder sur des recoupements permettant de constituer un *ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes*.

La saisie de documents dans le cadre de visites des services de la concurrence peut apporter de tels éléments. Il est nécessaire que ces derniers attestent d'échanges d'informations entre soumissionnaires préalablement au dépôt des offres et sans que l'autorité adjudicatrice en soit informée. Les échanges d'information entre firmes candidates à l'attribution de marchés publics sont *a priori* considérés comme constitutifs d'une entente anticoncurrentielle (décision n° 93-D-47 relative à des pratiques constatées lors de marchés d'aménagement paysager dans le département des Bouches-du-Rhône) dans la mesure où ces derniers *sont de nature à limiter l'intensité de la concurrence entre les entreprises en cause et à tromper le maître d'ouvrage*. Ces échanges peuvent servir de support à des accords de non agression entre les détenteurs « historiques » des différents lots constitutifs des marchés (voir à ce propos la décision n° 00-D-26, *op. cit.*) ou à des répartitions de marché, passant soit par des *retraits d'offres*, soit par le dépôt d'offre de couverture, visant à tromper l'acheteur public sur le degré réel de concurrence sur le marché. En l'espèce, les documents saisis auprès de certaines entreprises révélaient que celles-ci étaient informées des prix de certains de leurs concurrents (§ 49).

En règle générale, les échanges peuvent porter sur l'identité des concurrents potentiels, leurs structures de coûts, leurs projets en termes de prix ou encore leurs souhaits en termes d'attribution des marchés. Il ressort de nombreuses décisions relatives aux ententes dans le domaine des travaux d'électrification et d'éclairage public (décisions n° 00-D-26, 01-D-31 ou encore 04-D-16, *op. cit.*), que la coordination entre les offreurs potentiels se fait souvent – et malheureusement aisément – autour des bordereaux de prix unitaires (BPU) dans le cadre de marchés à bons de commande. Dans le cadre de ces derniers, le maître d'ouvrage définit les prestations élémentaires dans le cadre d'un bordereau proposant un ensemble de prix (définis comme standards dans les conditions actuelles du marché) et que chaque soumissionnaire structure son offre en proposant des coefficients de majoration ou de rabais sur les différents

prix. Ce mécanisme est de nature à faciliter les ententes dans la mesure où les firmes impliquées dans une entente anticoncurrentielle n'ont qu'à se coordonner sur ces pourcentages pour désigner l'entreprise qui devra se voir attribuer le lot concerné et élaborer les différentes offres de couverture⁴.

Pour l'Autorité, une entente anticoncurrentielle est caractérisée dès lors que preuve est apportée que les entreprises ont effectivement coordonné leurs offres ou qu'elles ont échangé des informations préalablement à la date du résultat de l'appel d'offres (voir par exemple la décision n°09-D-25 du 29 juillet 2009 relatives à des pratiques d'entreprises spécialisées dans les travaux de voies ferrées). De telles pratiques peuvent avoir pour objet de déterminer conjointement les offres en termes de prix voire de désigner à l'avance l'entreprise qui remportera le marché. Un même effet peut découler du seul échange d'informations relatives à l'identité des soumissionnaires potentiels, à leurs objectifs vis-à-vis du marché ou à leurs structures de coûts. Alors, que l'incertitude propre aux offres des concurrents dans un mécanisme d'enchères est l'élément essentiel pour inciter les firmes à soumissionner au prix le plus favorable à l'acheteur public, tout élément venant réduire cette incertitude porte préjudice *ipso facto* au processus de concurrence et va donc à l'encontre du bon usage des deniers publics.

Un échange de bordereau de prix (non justifié), couplé avec la saisie d'autres pièces (par exemple des brouillons révélant des informations sur l'identité des concurrents) peut constituer une telle preuve (décision n° 07-D-47 du 18 décembre 2007 relative au secteur de l'équipement pour la navigation aérienne). Il est cependant nécessaire, de faire la preuve de l'antériorité de ces échanges (§84) et de montrer que ces derniers n'ont pas une visée rétrospective tenant à l'évaluation de la performance économique des contrats en cours d'exécution⁵... Une autre difficulté à relever autour des bordereaux de prix unitaires tient au fait que l'autorité adjudicatrice peut être amenée à consulter ses contractants actuels (et donc potentiels) pour la révision des dits prix au regard de l'insertion de nouvelles prestations liées par exemple au progrès technique (voir la décision n° 04-D-16, *op. cit.*). Non seulement les risques de capture informationnelle, tenant à une *proximité routinière*⁶ avec le prestataire en

⁴ Notons que si les preuves recueillies quant un échange ne portent que sur un nombre réduit de postes d'un BPU, l'Autorité considère que la pratique revêt une moindre gravité dans la mesure où une concurrence demeure toujours possible sur les autres (voir la décision n° 01-D-31, *op. cit.*).

⁵ Voir la décision n° 01-D-31, *op. cit.*.

⁶ Linditch F., (2006), *Le droit des marchés publics*, Dalloz – coll. Connaissance du droit, Paris, 136p.

place sont très élevés mais de telles demandes de révision suscitent une concertation des offreurs potentiels qui ne sauraient être que préjudiciable à terme.

Dans le cas d'espèce, l'Autorité eut à sa disposition deux offres manifestement identiques et préparées en commun (§95). Il ne s'agissait donc pas de deux offres similaires dont la comparabilité pouvait procéder d'une simple coïncidence. Ce faisant, elle pu caractériser l'existence d'un échange volontaire d'informations dont l'objet anticoncurrentiel était d'autant plus manifeste qu'une offre de couverture a été effectivement déposée par l'entreprise concernée.

Un deuxième enseignement qu'il est possible de tirer de cette décision tient à la question de la sous-traitance. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure deux entreprises peuvent échanger des informations dans une perspective de sous-traitance. L'Autorité considère que de tels échanges sont anticoncurrentiels dès lors qu'ils revêtent une dimension occulte (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 septembre 2000 dans l'affaire Jurisdata) ou que les deux entreprises déposent *in fine* des offres du moins en apparence concurrentes (décision n° 06-D-25 du 28 juillet 2006 relative à la restauration du patrimoine campanaire de la cathédrale de Rouen). De tels échanges sont possibles si et seulement si les deux entreprises déposent une offre commune, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. D'autres cas relatifs aux marchés d'électrification (voir la décision n°04-D-16, *op. cit.*) pourraient mettre en relief une problématique comparable tenant à des offres concurrentes déposées par des entreprises appartenant au même groupe, lesquelles pourraient être suspectées de constituer des offres de couverture. La pratique décisionnelle de l'Autorité admet le dépôt de telles offres du moment où les entreprises concernées jouissent d'une autonomie commerciale (décision n° 03-D-01 relative au comportement des sociétés du groupe Air Liquide). Il suffit que ces offres multiples ne soient pas réalisées en commun et ne soient pas susceptibles de tromper l'adjudicateur sur le niveau réel de la concurrence pour le marché.

La dernière dimension à relever dans la décision relative aux marchés d'électricité corses tient à la défense des entreprises. Celle-ci s'appuie sur l'absence d'effet sensible de la pratique sur la concurrence (§117). L'Autorité réaffirme à cette occasion le fait qu'en matière d'ententes anticoncurrentielles, l'absence d'effet n'enlève rien au caractère anticoncurrentiel des dites pratiques. En d'autres termes, l'objet anticoncurrentiel suffit à fonder la sanction (décision n° 07-D-29 du 26 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le

cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles).

L'entente anticoncurrentielle étant caractérisée, l'Autorité détermine la sanction à partir de la gravité de la pratique, de l'estimation du dommage à l'économie, de la situation des entreprises et de l'éventuelle réitération de pratiques comparable par ces dernières. Tout d'abord, en matière de marché public, le dommage à l'économie est présumé par la loi dès qu'une entente est établie (Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt Sogéa du 10 janvier 1995). Le dommage à l'économie est en outre indépendant du dommage subi par le maître d'ouvrage et doit s'apprécier *en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* (Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, arrêt Solatrag). Ainsi la détermination de la sanction va-t-elle se baser à la fois sur le montant des marchés attribués mais aussi *sur la malheureuse valeur d'exemple que ce type de comportements peut susciter pour d'autres appels d'offres* (§129).

Dans le cas d'espèce, les sanctions infligées aux quatre entreprises concernées s'échelonnèrent entre 15 et 120 000 euros. L'entreprise qui prit selon l'Autorité une part prépondérante aux échanges d'informations et qui élaborait elle-même l'offre d'une de ses concurrentes fut sanctionnée à hauteur de 1 % de son chiffre d'affaires...

II – Des marchés offrant particulièrement prise à des pratiques anticoncurrentielles

Il s'agit, dans cette section, de montrer de quelle façon les ententes anticoncurrentielles ont une forte propension à se former dans les marchés publics et les modalités que peuvent revêtir ces dernières.

Des caractéristiques favorables au développement de phénomènes collusifs

Il est établi que certaines configurations de marché se prêtent particulièrement au développement d'ententes anticoncurrentielles⁷. Il en est ainsi des marchés étroitement oligopolistiques dans lesquels un faible nombre d'entreprises interagissent. Celles-ci peuvent d'autant plus facilement prendre conscience de leur interdépendance, parvenir à un accord, explicite ou tacite, sur un équilibre mutuellement avantageux ainsi que contrôler et sanctionner d'éventuelles déviations par rapport à celui-ci⁸. Ce facteur, particulièrement déterminant dans le cas de l'entente sanctionnée en 2009 pour la Corse, est présent dans

⁷ Combe E., (2005), *Economie et politique de la concurrence*, PUF, Paris.

⁸ Un même résultat peut être obtenu dans le cadre de marchés moins concentrés mais dominés par une firme faisant office de *chef d'orchestre* ou de *baromètre* ou encore structurés par des associations professionnelles.

l'ensemble des cas qui nous concernent. Les marchés de l'équipement et des travaux liés à l'électrification et à l'éclairage public présentent en outre une deuxième caractéristique offrant une large prise aux ententes, celle d'être des marchés technologiquement et concurrentiellement matures. Dans de tels contextes, l'équilibre collusif est d'autant plus facile à atteindre pour les firmes que leurs technologies et leurs structures de coûts sont homogènes. Il en est également ainsi du caractère homogène des biens et services concernés. Leur faible différenciation aux yeux des clients fait que la concurrence se joue principalement sur les prix.

Si de telles caractéristiques de marché renforcent la propension des firmes à former des cartels, ces derniers ne peuvent émerger et surtout durer que sous la condition que le segment de marché concerné soit protégé par des barrières à l'entrée. Les cas échéant, l'observation par les concurrents potentiels d'un niveau de profit supérieur dans la branche que dans d'autres activités générerait de nouvelles entrées déstabilisant inexorablement le cartel. Dans notre cas, les coûts fixes des entreprises mais aussi peut être les habitudes des acheteurs publics peuvent contribuer à contrarier l'arrivée de nouveaux acteurs ou l'entrée sur le marché d'entreprises avec lesquelles les collectivités locales n'ont pas l'habitude de travailler⁹.

L'ensemble de ces caractéristiques fait que les ententes anticoncurrentielles se développent particulièrement dans deux types de marché. Un premier correspond aux marchés des produits intermédiaires où les acheteurs ont la capacité de répercuter les hausses de prix sur les consommateurs finaux, notamment du fait du faible poids relatif de l'intrant affecté par l'entente dans le prix final du bien ou service concerné¹⁰. Le second domaine particulièrement exposé à de tels phénomènes correspond bien évidemment aux marchés publics.

Les deux principales formes¹¹ que peuvent prendre les ententes dans le cadre des marchés publics (et généralement de tout mécanisme d'allocation de contrats de type adjudication ou enchère) correspondent à des suppressions d'offres (i.e. de répartition *ex ante*

⁹ Linditch F., (2006), *op. cit.*

¹⁰ La plupart des ententes sanctionnées par la Commission européenne et les autorités antitrust américaines correspond à ce cas de figure, comme en témoignent les affaires de la lysine (juin 2001), des vitamines (novembre 2001), des phosphates destinées à l'alimentation animale (juillet 2010), etc...

¹¹ Nous ne traitons pas ici de la question des offres anormalement basses, dont la logique fait écho à celle de la prédation. Une fois la concurrence écartée, l'entreprise pourrait mettre à profit son pouvoir de marché vis-à-vis de l'adjudicateur pour renégocier le contrat à son avantage.

Deshamps M. et Reis P., (2008), « Systèmes d'enchères et marchés publics : du moins disant au mieux disant », in Spindler J. et Huron D., (s.d.), *Le management public en mutation*, L'Harmattan Paris.

des marchés) et à des offres de couverture¹² ; lesquelles sont fréquemment observées, comme nous l'avons vu, dans les marchés publics de travaux électriques.

Le premier type de pratiques anticoncurrentielles conduit à obtenir de ses concurrents le retrait de leur offre. Dans un cas extrême, une entreprise peut indemniser ses concurrents en compensation de leur décision ne pas soumissionner. Ce type d'ententes est relativement rare dans la mesure où le transfert monétaire nécessaire est susceptible d'être mis à jour par les autorités (décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998 relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy). Aussi, des variantes de ce mécanisme peuvent elles passer par des répartitions de marchés fonctionnant sur la base de roulements, de contrats de sous-traitance (décision n°98-D-72 du 17 novembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés par le Port autonome du Havre) ou de constitution de groupements¹³. En effet, dans le cas de marchés publics enchaînés ou allotis, une répartition chronologique ou géographique sera mise en place par les membres de l'entente¹⁴.

Comme nous l'avons vu dans les cas étudiés, si la sous-traitance ou la formation de groupements momentanés ne peuvent être tenus comme anticoncurrentiels *per se*, dans la mesure où ils peuvent répondre à des nécessités techniques et économiques, de tels montages peuvent dissimuler des accords anticoncurrentiels de partage des marchés et d'indemnisation des concurrents s'étant effacé au profit du candidat « désigné »¹⁵. Le Conseil de la concurrence a pu considérer qu'un groupement non objectivement justifié pouvait participer de logiques de défense de *chasses gardées* de certains acteurs (décision n° 00-D-20, du 17 mai 2000, relative à des pratiques relevées lors de marchés d'électrification rurale dans la Somme) ou encore d'une répartition des marchés (décision n° 98-D-27 du 21 avril 1998, relative à des pratiques constatées à l'occasion de la passation d'un marché de sel de déneigement dans le département de la Nièvre).

Les offres de couvertures constituent le deuxième type d'ententes. Parfois également appelées offres de camouflage ou de complaisance, elles visent à donner l'illusion à

¹² Kovacic W.E., Marshall R. C., Marx L.E. and Raiff M.E., (2006), "Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements", in Dimitri N., Piga G. and Spagnolo G., eds., *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 560p.

¹³ Caillaud B., (2001), « Enchères et capture dans l'attribution des marchés publics », in Cohen E. et Mougeot M., (s.d.), *Enchères et gestion publique*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, n° 34, La Documentation Française, Paris, 283p.

¹⁴ Reis P., (2000), « Ententes de répartition de marché : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ? » in Krafft J., (s.d.), *Le processus de concurrence*, Economica, Paris, pp.312-332.

¹⁵ Montalcino C., (2001), « Concurrence et commande publique », in Cohen E. et Mougeot M., (s.d.), *op. cit.*

l'adjudicateur que le marché est concurrentiel. De telles offres peuvent même s'avérer concurrentielles en termes de prix dans le cas de marchés multicritères hiérarchisés ou pondérés. Il suffit que l'entreprise faisant l'offre de couverture prenne le soin de ne pas satisfaire l'un des autres critères essentiels¹⁶.

L'échange d'informations entre concurrents s'avère essentiel dans le déploiement de telles stratégies. A ce titre, elle tenue comme suffisante pour caractériser une entente dans le cas de marchés publics et tend, peu à peu, à être considérée comme aussi probante pour permettre de qualifier une entente anticoncurrentielle dans le cadre d'une interaction oligopolistique, si l'on en juge par les nouvelles lignes directrices européennes sur les accords horizontaux¹⁷.

Des risques de la transparence et de l'allotissement dans les règles d'acquisition publique

La question de la transparence du marché nous conduit à mettre en exergue le fait que l'interprétation de certains des principes mêmes de la commande publique et plus précisément la conception des marchés peuvent favoriser le développement de pratiques anticoncurrentielles. Un même raisonnement peut être mené pour ce qui est de l'allotissement. Si ce dernier permet de réduire les barrières à l'entrée et d'accroître le nombre d'entreprises susceptibles de soumissionner, il constitue symétriquement un efficace levier pour les membres d'un éventuel cartel pour se répartir les marchés.

La transparence peut être contreproductive en matière de marchés publics alors que les objectifs même des règles de la commande publique, à savoir les principes de liberté d'accès au marché, d'égalité de traitement des entreprises candidates et de lisibilité des procédures conduisent théoriquement à promouvoir cette dernière. Le cas des appels d'offres multicritères est particulièrement représentatifs d'une telle tension entre l'application d'un principe, efficace économiquement dans le cadre d'un marché concurrentiel, et une adaptation pragmatique à une situation de concurrence imparfaite. Le seul affichage des critères dans l'attribution d'un marché sur la base du mieux disant peut favoriser le dépôt d'offres de couverture en donnant la possibilité aux entreprises chargées de donner l'illusion de la concurrence d'être sûres de ne pas proposer l'offre économiquement la plus avantageuse en

¹⁶ OCDE, (2006), *Competition in Bidding Markets*, Policy Roundtable, DAF/Comp(2006)31, Paris, 347p.

¹⁷ Commission européenne, (2011), *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, Communication, JOUE, 14 janvier, pp. C11/1-C11/69.

prenant garde de ne pas satisfaire l'un d'entre eux (avis n°00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics). De la même façon, la diffusion de la pondération des critères peut faciliter l'identification d'un équilibre collusif par les entreprises en leur permettant de jouer sur l'ensemble de ceux-ci pour pouvoir déterminer le vainqueur *ex ante*¹⁸.

Il apparaît en fait qu'un certain nombre de procédures mises en œuvre dans le cas des marchés publics peuvent produire des effets contreproductifs. Les réunions d'information collectives constituent un premier exemple¹⁹. Si celles-ci participent d'une logique d'égalité des candidats face à la commande publique et de promotion de la transparence, elles permettent également aux entreprises d'identifier leurs concurrents et de faciliter d'éventuels échanges²⁰.

L'opacité peut être un outil d'acquisition publique efficace dès lors que l'on s'éloigne d'une configuration concurrentielle et que l'on suspecte une collusion entre les offreurs. A l'extrême, la révélation publique des caractéristiques des offres et des prix proposés par chaque firme dans le cadre d'appels d'offres sous plis cachetés facilite la mise en œuvre d'ententes anticoncurrentielles en permettant aux entreprises de détecter celles qui trahiraient l'accord de cartel²¹.

Comme nous l'avons vu pour chacun de nos cas, les marchés à bordereaux de prix unitaires posent de nombreux problèmes de concurrence. Tout d'abord, les prix indiqués sur les bordereaux sont en fait indépendants des coûts des entreprises qui soumissionnent effectivement au marché. Non seulement l'enchère ne révèle pas les coûts des firmes candidates mais la détermination de ces prix peut faire l'objet de stratégies de « capture » de la part d'entreprises ou d'organisations professionnelles jouissant d'un fort avantage informationnel vis-à-vis de l'acheteur public. Ensuite, la mise en concurrence ne passant que par la proposition de coefficients de variation, les entreprises peuvent aisément coordonner leurs pratiques autour de ce seul paramètre.

¹⁸ Deschamps M. et Reis P., (2008), *op. cit.*

¹⁹ « Les gens d'une même profession se réunissent rarement, même pour s'amuser ou se distraire, sans que la conversation n'aboutisse à une conspiration dont le public fait les frais ou à une machination pour accroître les prix ».

Smith A., (1776), *La Richesse des Nations*, cité par Combe E., (2004), *Cartels et ententes*, coll. Que Sais-Je?, PUF, 128p.

²⁰ Montalcino C., (2001), *op. cit.*

²¹ Stigler G. J., (1964), "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, 72(1), February, pp.44-61.

Les marchés d'électrification rurale et d'éclairage publics illustrent également les risques afférents aux procédures reposant sur le découpage des marchés en lots homogènes régulièrement remis en concurrence. Si sur le principe celles-ci favorisent la concurrence accroissant le nombre de firmes susceptibles d'entrer sur le marché, elles permettent également aux firmes constituant un cartel de se partager les différents lots. Ce faisant, les ententes anticoncurrentielles peuvent alors être aussi stables que les cartels dits *forts* reposant sur des mécanismes de compensations monétaires²².

Il apparaît donc que certaines des règles procédurales applicables aux marchés publics d'électrification et de travaux électriques expliquent, conjointement à la nature même des biens et services acquis et de la configuration de l'industrie, à la forte propension de ces marchés à se caractériser par de nombreuses ententes anticoncurrentielles. Notre dernière section traite en conséquence des prescriptions issues de l'analyse économique en matière de conception des marchés (afin de contrarier la formation des ententes) et de sanctions des cartels (afin de dissuader les firmes de s'y engager).

III – Réflexions sur la conception des marchés publics et sur la sanction des pratiques anticoncurrentielles

Il s'agit, tout d'abord, de présenter quelques unes des prescriptions tirées de la littérature économique en matière de conception de procédures de marché à même de minimiser le risque de formation d'ententes anticoncurrentielles, avant de s'attacher à la sanction de ces dernières.

Les prescriptions en termes de conception des marchés

Les recommandations issues de la littérature économique vont souvent dans le sens, apparemment paradoxal, de renforcer non pas la transparence des procédures d'acquisition publique mais au contraire l'incertitude dans laquelle évoluent les soumissionnaires. La question de l'allotissement des marchés, centrale dans les marchés d'électrification rurale, est particulièrement représentative de ces questions.

D'un côté, l'allotissement, en réduisant le *ticket d'entrée* sur le marché, permet de favoriser des soumissions de nouvelles entreprises. Dans notre cadre, le degré de *concurrence pour le marché* est la variable clé de l'efficacité de l'acquisition publique. Bien qu'il soit en

²² Pesendorfer M., (2000), "A Study of Collusion in First-price Auctions", *Review of Economic Studies*, vol.67, n°3, pp.381-411.

grande partie illusoire de considérer qu'en règle générale le degré réel de concurrence sur un marché donné puisse être donné par le nombre de firmes présentes, il n'en demeure pas moins que des études empiriques ont montré que, dans le cas d'un marché attribué dans le cadre d'une adjudication, plus élevé était le nombre de firmes soumissionnaires, plus faible était le prix acquitté par l'acheteur public²³.

Une telle corrélation pose le problème des regroupements. L'adjudicateur a-t-il intérêt à autoriser les regroupements²⁴ ? Ces derniers ont un impact négatif en termes de concurrence pour le marché mais un impact positif en termes d'efficacité. En effet, les entreprises peuvent mutualiser leurs ressources et leurs connaissances, notamment en termes d'appréciation des risques liés au contrat. Il serait donc possible de considérer que celles-ci pourraient proposer des prix inférieurs dans la mesure où elles sont *a priori* moins exposées au risque de *malédiction du vainqueur*²⁵. D'un autre côté, l'allotissement peut permettre, comme nous l'avons vu, aux firmes membres de l'entente de se partager le marché aussi aisément que si elles pouvaient mettre en œuvre des mécanismes de paiements latéraux.

Il s'agit donc de rechercher des solutions permettant de parvenir au même effet (l'augmentation du nombre de soumissionnaire) sans offrir aux firmes les supports informationnels et organisationnels susceptibles de faciliter la construction d'accord de cartel et leur mise en œuvre. Comme le montre le rapport établi en 2005 par l'OCDE, il s'agit à la fois de promouvoir la participation des firmes (en réduisant les coûts de soumission, par exemple) tout en ne mettant pas en œuvre de procédures qui ont pour effet pervers de favoriser la communication entre les concurrents²⁶.

Une telle politique d'acquisition peut, par exemple, passer par des calendriers de mises en concurrence moins prévisibles et la division en lots plus hétérogènes, voire dans des marchés pour lesquels le degré de concurrence est manifestement insuffisant, le recours à des

²³ Pour des contrats de construction de ponts et d'autoroutes dans le New Jersey, il a été estimé que le passage de trois à six offreurs permettait de faire baisser le prix d'acquisition de 15%. Hong H. and Shum M., (2002), "Increasing Competition and the Winner's Curse: Evidence from Procurement", *Review of Economic Studies*, vol.69, n°4, pp.879-898.

²⁴ Levin D., (2004), "The Competitiveness of Joint Bidding in Multi-Unit Uniform Price Auctions", *Rand Journal of Economics*, 35(2), pp. 373-385.

²⁵ Rappelons que celle-ci désigne le fait que dans le cadre d'un marché, celui qui propose le prix le plus faible – et qui de ce fait « maximise » ses chances de le remporter – est peut être celui qui a le plus sous-estimé les coûts et les risques...

²⁶ OCDE, (2006), *op. cit.*

procédures négociées et non plus concurrentielles pour déstabiliser les ententes²⁷, quand bien même de telles stratégies ne correspondent guère aux principes concurrentiels à la base des règles de la commande publique²⁸.

Quelle dissuasion des ententes dans les marchés publics ?

Le second moyen de lutte contre les ententes anticoncurrentielles passe bien entendu par leur sanction²⁹. Si l'on considère que le droit de la concurrence a pour finalité de protéger l'ordre public économique, son efficacité passe sa capacité de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles. Dans une perspective d'analyse économique du droit, un agent économique rationnel s'engagera dans une pratique anticoncurrentielle dès lors que son gain anticoncurrentiel (l'écart entre le taux de profit résultant de l'infraction aux règles de concurrence et celui qu'il aurait obtenu dans le cadre d'une concurrence pure et parfaite) dépasse l'espérance mathématique de sanction³⁰. Celle-ci est égale à la probabilité d'être détecté par l'autorité de concurrence et le montant de la sanction encourue.

Dissuader les firmes de s'engager dans des ententes anticoncurrentielles peut donc passer par deux canaux.

Un premier canal de dissuasion tient à l'élévation des sanctions, un second au renforcement de la probabilité de détection des ententes anticoncurrentielles. La première voie de dissuasion peut passer par l'élévation du montant des sanctions pécuniaires encourues. La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (loi n° 2001-420 du 15 mai 2001), a participé de cette logique en portant de 5 % à 10 % le plafond des sanctions et en modifiant l'assiette de cette dernière, en faisant porter celle-ci sur « *le chiffre d'affaires mondial de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ».

²⁷ Kirat T., Marty F. et Vidal L., (2010), « Au croisement de l'économie de la réglementation et du droit comparé : l'efficacité de la réglementation des marchés publics en France et aux États-Unis », in Noguellou R. et Stelkens U. (s.d.), *Droit Comparé des Contrats Publics*, Bruylant, Bruxelles, pp. 231-262.

²⁸ Relevons que pour le nord de la Californie seulement 18 % des contrats de construction dans le secteur privé sont attribués sous forme concurrentielle contre 97 % des contrats équivalents des administrations publiques. Les procédures négociées optimales face à une offre extrêmement concentrée peuvent être beaucoup plus facilement utilisées par les firmes privées.

Tadelis S. and Bajari P., (2006), "Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs Negotiation in Procurement", in Dimitri N., Piga G. and Spagnolo G., (eds), *op. cit.*

²⁹ Deschamps M. et Marty F., (2006), « Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : L'éclairage de l'analyse économique du droit », *Revue Economique et Sociale*, n° 4-2006, décembre, pp.71-82

³⁰ Becker G., (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76, pp. 169-217

L'élévation des sanctions pécuniaires à l'encontre des accords de cartels, très sensible au niveau européen³¹, peut également s'observer au niveau interne. Cependant, la réformation partielle par la Cour d'appel de Paris le 19 janvier 2010 de la décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire du négoce de l'acier dans le cadre de laquelle 631 M€ de sanctions pécuniaires avaient prononcées en 2008 (décision n°08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques), conjuguée aux pressions nées du contexte de crise économique, a ouvert un débat sur le calcul des sanctions concurrentielles³².

Ce dernier n'est pas sans lien avec les ententes autour des marchés publics d'électrification et de travaux électriques, bien que les montants en jeu soient sans aucune commune mesure. En effet, les sanctions pécuniaires prononcées dans les affaires que nous avons analysées s'inscrivent systématiquement bien en-deçà des plafonds de sanctions prévus par la loi, posant ainsi la question de leur effet dissuasif.

Le niveau des sanctions observé peut en fait s'expliquer au travers de deux décisions récentes de l'Autorité portant sur des ententes dans le cadre de marchés de collectivités locales. La première décision est la décision n°11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques. Dans le cas d'espèce des entreprises ont été sanctionnées pour des échanges d'informations et des offres de couverture dans des marchés de réfection d'équipements portuaires (Brest, Nantes-Saint Nazaire, Le Havre) ou des ouvrages d'art (Pont de Varades sur la Loire et conduite forcée d'EDF dans les Hautes Pyrénées). Les quatre entreprises ont été sanctionnées pour s'être concertées sur ces marchés sur une période allant de 2005 à 2006. A l'instar des affaires relevant du domaine électrique, la décision de l'Autorité s'est basée sur des échanges d'informations préalables au dépôt des offres et sur d'autres éléments constituant un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Cependant, la sanction appliquée n'a pas dépassé 1% du chiffre d'affaires global de l'entreprise la plus lourdement sanctionnée.

Un tel taux, comparable à ceux observés pour les ententes dans le domaine électrique, peut sembler bien peu dissuasif et apparaît comme très faible comparé au taux de 10 % atteint dans le cadre de la décision n°11-D-02 du 26 janvier 2011 relative à des pratiques mises en

³¹ Marty F., (2010), « La politique de la concurrence », in Montel-Dumont O., *La politique économique et ses instruments*, coll. Notices, La Documentation Française, Paris, décembre, pp.173-188.

³² Folz J.-M., Raysseguier C. et Schaub A., (2010), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Paris, septembre, 42 p.

œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques. La différence tient au fait que dans cette affaire, à l'instar des décisions prises dans le secteur électrique, l'Autorité n'a pu démontrer l'existence d'une entente généralisée, caractérisée par des infractions complexes et continues. En l'absence de tels éléments de preuve, la question de l'effet dissuasif de la sanction peut être posée. A ce titre, les évolutions proposées dans les méthodes de calcul des sanctions pécuniaires par l'Autorité peuvent éventuellement conduire à des montants de sanction plus significatifs et donc, plus dissuasifs³³.

En effet, l'Autorité propose de déterminer les sanctions pécuniaires à partir de la détermination d'un montant de base donné par une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise, de produits ou services en relation avec l'infraction. Cette proportion³⁴ oscillerait entre 15 et 30 % de la valeur des ventes pour les ententes injustifiables. Dans ce cadre, les pratiques mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres publics feraient l'objet d'un traitement spécifique. En effet, l'Autorité considère que dans le cas présent la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié du coût économique des infractions. Celles-ci en effet revêtent un caractère instantané et ne permet pas de traduire l'effet des stratégies d'offres de couverture de certaines entreprises ou encore d'abstention de soumission. Ce faisant, l'Autorité propose de déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire par « *l'application d'un coefficient déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, à l'assiette que l'Autorité retiendra comme pertinente au cas d'espèce* » (§59).

L'Autorité se laisserait donc une marge de discrétion certaine pour ces pratiques qu'elle range elle-même *parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence* et qu'elle considère comme appartenant aux *plus difficiles à détecter en raison de leur caractère occulte*. En termes de sanction optimale, nous pourrions considérer que l'Autorité vise à se laisser les moyens de perturber un éventuel calcul économique de firmes susceptibles de mettre en balance les gains de l'entente avec la modicité de la sanction pécuniaire telle qu'elle pourrait être anticipée au vu de la pratique décisionnelle passée et des critères proposés. En accroissant le risque financier pesant sur les entreprises susceptibles de s'engager dans une entente anticoncurrentielle, l'Autorité accroît dans le même temps l'attractivité de son

³³ Autorité de la Concurrence, (2011), *Projet de communiqué relatif à la détermination des sanctions pécuniaires*, janvier.

³⁴ Ce dernier serait ensuite ajusté pour tenir compte de facteurs atténuants ou aggravants, d'une éventuelle réitération des pratiques ou encore du recours à des procédures négociées (non contestation des griefs, engagements ou clémence) ou des capacités contributives de l'entreprise.

programme de clémence, à même de lui permettre de caractériser une entente comme généralisée, plus aisément que cela peut être fait dans le cadre d'une procédure classique (cf. décision n°11-D-02)

Se pose au final la question des éléments de preuve à disposition de l'Autorité. Les éléments classiquement à sa disposition ne lui permettent pas facilement de caractériser une entente anticoncurrentielle de nature ponctuelle autour d'un marché donné. A ce titre, le second canal de renforcement de la dissuasion – le renforcement de la probabilité de détection – doit être envisagé. Le recours aux procédures négociées s'inscrit dans cette logique. Si les deux dernières décisions citées ont donné lieu à des non contestations des griefs par certaines entreprises voire à des engagements (trois entreprises dans le cadre de la décision n° 11-D-02), nulle décision pour l'heure n'a été rendue en matière d'ententes anticoncurrentielles autour de marchés publics à l'issue de l'activation du programme de clémence. Dès lors qu'une entreprise apporterait des éléments de preuves suffisamment probants d'une telle entente, elle pourrait obtenir une immunité totale (ou partielle) de sanctions. En contrepartie, l'Autorité disposerait des éléments de preuves suffisamment probants requis pour sanctionner les autres membres de l'entente et obtenir une cessation immédiate du dommage à l'économie.

Deux questions peuvent alors être posées. La première tient à la capacité de ces programmes, s'ils sont activés dans les secteurs considérés, de caractériser plus facilement de telles ententes généralisées et donc de renforcer la dissuasion de telles pratiques anticoncurrentielles. La seconde tient à la tension consubstantielle au droit de la concurrence entre la sanction et la réparation. L'activation de ces procédures négociées participe indubitablement de la garantie de l'ordre public économique (cessation plus rapide des pratiques anticoncurrentielles). Cependant, dans la mesure où leur activation ne vaut pas, pour certaines d'entre elles, reconnaissance de culpabilité, la réparation du dommage concurrentiel subi par les collectivités ne risque-t-elle pas d'être rendue plus difficile, sinon occultée³⁵ ?

³⁵ Deschamps M. et Marty F., (2007), « Répression des ententes anticoncurrentielles dans les marchés publics : quelle balance des intérêts ? » *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 23, avril, pp.25-28.